



**IN DIE HOOGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(WES-KAAPSE HOOGEREGSHOF, KAAPSTAD)**

Saak No 24447/11

In die saak tussen:

LAMBERTUS VON WIELLIGH BESTER N O

Eerste Eiser

T S DE SITO MATHEBULA N O

Tweede Eiser

(in hul hoedanigheid as mede-kuratore in die
insolvente boedel van John Levey)

en

OLGE SCHOLTZ

Verweerderes

Hof: GRIESEL R

Aangehoor: 29 Julie 2013

Gelewer: 15 Augustus 2013

UITSPRAAK

GRIESEL R:

[1] Die eisers tree hierin op in hul hoedanigheid as die mede-kuratore in die insolvente boedel van John Levey ('die insolvent'), wie se boedel op 24 Maart 2010 voorlopig en op 20 Oktober 2010 finaal deur

hierdie hof gesekwestreer is. Die verweerderes is die eggenote van die insolvent, met wie hy buite gemeenskap van goed getroud is.

[2] Die insolvent en die verweerderes was vanaf 28 Februarie 2001 tot 29 September 2010 die mede-eienaars van onroerende eiendom bekend as Erf 37614, Bellville ('die eiendom'). Uit die eisers se gewysigde besonderhede van vordering blyk dit dat die insolvent en die verweerderes drie afsonderlike leningsooreenkomste, beskryf as 'housing loans', met Nedbank Bpk ('Nedbank') gesluit het, soos volg:

17/8/04	R1 000 000
17/8/04	R1 500 000
25/7/05	R3 500 000. ¹

[3] Die onderskeie lenings is verseker deur vier afsonderlike verbande gepaseer oor die eiendom ten gunste van Nedbank, soos volg:

13/8/02	R2 000 000
28/7/04	R500 000
15/8/05	R2 000 000
26/4/07	R1 000 000.

[4] Ingevolge die bepalings van elk van die leningsooreenkomste was die insolvent en die verweerderes gesamentlik en afsonderlik ('jointly severally and in solidum') teenoor Nedbank aanspreeklik vir terugbetaling van die lenings, wat sou geskied by wyse van 240 maandelikse paaieimente.

¹ Uit die skedule vervat in die ooreenkoms wil dit voorkom asof slegs 'n bedrag van R2 014 234 werklik voorgeskiet is uit hoofde van hierdie leningsooreenkoms.

Pleitstukke

[5] Die eisers beweer dat die insolvent gedurende die periode Augustus 2004 tot Augustus 2009 sekere betalings in 'n totale bedrag van R3 313 530,51 aan Nedbank gemaak het ingevolge die geldlenings-ooreenkomste en verbande. Die eisers eis hierin betaling deur die verweerderes van een helfte van sodanige bedrag. Hul eis word op drie alternatiewe gedingsoorsake gebaseer, wat in meer besonderhede hieronder bespreek word.

[6] In antwoord op die besonderhede van vordering het die verweerderes aanvanklik 'n algemene ontkenning gepleit. Ongeveer 'n maand voor die verhoor is kennis gegee van die verweerderes se voorneme om haar pleit te vervang met 'n gewysigde pleit waarin aangevoer word, weens 'n verskeidenheid van redes, dat geeneen van die eisers se eise soos gepleit regtens 'n skuldoorsaak daarstel nie. In effek kom die gewysigde pleit derhalwe op 'n eksepsie neer, sonder dat dit pertinent daardie etiket dra.

[7] Tydens 'n voorverhoor konferensie tussen die onderskeie regsverteenvoerders gehou ingevolge reël 37 is daar namens die verweerderes voorgestel dat die regspunte geopper in die voorgestelde gewysigde pleit ingevolge reël 33(4) afsonderlik bereg word. Nadat die eisers aanvanklik beswaar aangeteken het teen die voorgestelde wysiging sowel as die voorgestelde werkswyse, is daar by die aanvang van die verhoor tussen die partye ooreengekom dat die verweerderes wel toegelaat sal word om die betrokke regspunte *in limine* te argumenteer asof daar betyds eksepsie aangeteken is. Dit is onderhewig aan die voorbehoud dat 'n uitspraak in die guns van die verweerderes op die regs-

punte nie sondermeer aanleiding sal gee tot afwysing van die eisers se eis nie, maar dat hulle geleentheid gebied sal word (indien aldus geadviseer) om hul besonderhede van eis te wysig, soos wanneer 'n eksepsie gehandhaaf sou word.

[8] Ek het daarop die voordeel geniet van deeglike debat aangaande die regspunte deur Adv *Van der Walt SC* namens die eisers en Adv *De Vos SC* namens die verweerderes onderskeidelik. Ek oorweeg vervolgens die drie afsonderlike gedingsoorsake agtereenvolgens teen die agtergrond van die besware daarteen geopper.

Hoofeis

[9] In die *hoofeis* word gepleit, na uiteensetting van die feitebewerings hierbo opgesom, dat die insolvent die bogemelde betalings aan Nedbank gemaak het -

- '11. . . . tot voordeel van beide die insolvent en die verweerderes en ter delging van hulle gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid teenoor Nedbank, en ter behoud van die eiendom.
- 12. In die vooropstelling is die verweerderes aanspreeklik om haar *pro rata* gedeelte van die gesamentlike skuld wat die insolvent aan Nedbank betaal het, aan die eisers in hulle hoedanigheid as die medekuratore van die boedel van die insolvent te betaal.'

[10] Uit hierdie formulering blyk dit dat hierdie eis twee afsonderlike gedingsoorsake ineenvleg: enersyds is dit gebaseer op 'n onderlinge verhaalsreg van medeskuldenaars (*in solidum*) waar die gesamentlike skuld deur een van hulle gedelg is; andersyds, op die regsverhouding

tussen mede-eienaars.² Die eisers se saak is dan ook op beide grondslae voor my geargumenteer en word vervolgens afsonderlik oorweeg.

Medeskuldenaars

[11] Die posisie in ons reg aangaande die onderlinge verhaalsreg van medeskuldenaars wat gesamentlik en afsonderlik ten opsigte van 'n bepaalde skuld aanspreeklik is, is allesbehalwe duidelik. So bv merk De Wet & Van Wyk³ op: 'Ons ou skrywers praat 'n bietjie deurmekaar oor hierdie kwessie' terwyl Van der Merwe ea⁴ daarop wys dat '[d]ie regspraak oor die onderwerp nie besonder duidelik [is] nie.'

[12] Nieteenstaande die onsekerheid waarna die geleerde skrywers verwys en die afwesigheid van direkte gesag op die punt, is die oorwig van gesag waarna ek verwys is tot die effek dat 'n medeskuldenaar *in solidum* wat die skuld vereffen het in beginsel wel 'n verhaalsreg teen die ander medeskuldenaars het, net soos in die geval van 'n medeborg wat die hoofskuld gedelg het. Sodanige verhaalsreg ontstaan wanneer die medeskuldenaar die hele gesamentlike skuld betaal het, in welke geval sodanige medeskuldenaar van elke ander medeskuldenaar betaling kan eis van sy of haar *pro rata* gedeelte van die skuld.⁵ Waar die hele skuld

² Dit mag wees dat daar ook 'n verdere dimensie tot die hoofeis bestaan uit hoofde van die feit dat die insolvent (in wie se skoene die eisers vir huidige doeleindes staan) en die verweerderes met mekaar getroud is. Dit sou kon meebring dat beginsels van die huweliksreg – wat insluit die wedersydse onderhoudsplig tussen eggenote; gesamentlike en afsonderlike aanspreeklikheid vir huishoudelike uitgawes; en 'n moontlike regresreg tussen eggenote – ook by beregting van die huidige eise ter sprake mag kom, soos in die verweerderes se voorgestelde wysiging tot haar pleit in die vooruitsig gestel word. Hierdie aspekte is egter nie tydens argument voor my aangespreek nie en word gevolglik vir huidige doeleindes buite rekening gelaat.

³ *Kontraktereg & Handelsreg* 5de uitg Vol 1 p 139.

⁴ SWJ van der Merwe, LF van Huyssteen, MFB Reinecke & GF Lubbe *Kontraktereg – Algemene Beginsels* 4de uitg (2012) pp 231-232.

⁵ Benewens die skrywers na verwys in die vorige twee voetnote, sien ook JW Wessels *The Law of Contract in South Africa* (1937) §1553-1559; RH Christie & GB Bradfield *Christie's The Law of Contract in South Africa* 6ed pp 263-266; *Contract* 5(1) Lawsa 2ed para 423; *Gerber v Wolson* 1955 (1) SA 158 (A) op 164F-G; *ASA Investments v Smit* 1980 (1) SA 897 (K) op 901G-903C.

nie gedelg is nie, is dit onduidelik of een medeskuldenaar wat betaal het wel enige verhaalsreg teen ander medeskuldenaars kan uitoefen.⁶ Hoe dit ookal sy, indien dit vir huidige doeleindes ten gunste van die eisers aanvaar sou word dat 'n medeskuldenaar wel in beginsel 'n verhaalsreg kan uitoefen alvorens die *volle* skuld betaal is, moet dit myns insiens op die beskikbare gesag verder aanvaar word (a) dat sodanige reg slegs kan ontstaan waar die medeskuldenaar meer as sy of haar *pro rata* gedeelte van die skuld betaal het; in welke geval (b) die eis beperk is tot die gedeelte van die betaling wat sy of haar *pro rata* gedeelte oorskry.⁷

[13] In die eisers se hoofeis word dit nie beweer dat die insolvent die hele skuld betaal het nie; trouens, uit die somme blyk dit dat hy dit nie kon betaal het nie, aangesien die drie lenings in totaal tussen R4.5 m en R6 m beloop, wat etlike jare se rente uitsluit. (Die totale verbandskuld beloop R5.5m plus rente en ander koste.) Voorts word dit ook nie in die besonderhede van vordering beweer dat die insolvent meer as sy *pro rata* gedeelte van die gesamentlike skuld betaal het nie. Namens die eisers is gepoog om hierdie leemte aan te vul deur te argumenteer dat elke afsonderlike paalement wat ten opsigte van die lenings betaalbaar was as 'n afsonderlike skuld beskou moet word, met die gevolg dat die insovent geregtig is om 'n *pro rata* gedeelte van elke paalement van die verweerders te verhaal. Ek is nie na enige gesag verwys ter ondersteuning van hierdie vindingryke argument nie en kan my nie met hierdie benadering vereenselwig nie. Volgens my oordeel moet daar onderskei word tussen

⁶ Sien bv CF Forsyth & JT Pretorius *Caney's The Law of Suretyship* 6de uitg p 176-180; 26 *Lawsa* 2ed para 308 sv *Suretyship*; Ellison Kahn *Contract and Mercantile Law through the Cases* 2ed Vol 2 p 819; JT Pretorius 'A running contribution between co-sureties?' 100 [1983] *SALJ* 387 at 391.

⁷ Sien bv Wessels *op cit* §1558; DJ Joubert *General Principles of the Law of Contract* p 315; *Lever v Buhrmann* 1925 TPD 254 at 262 and 265 *in fin*.

'n *skuld*, aan die een kant, en die *wyse van betaling* van die skuld, aan die ander kant. Die feit dat die totale skuld betaalbaar was by wyse van 240 maandelikse paaiemente beteken nie dat daar nou 240 afsonderlike *skulde* tussen die partye tot stand kom, ten opsigte van elk waarvan 'n medeskuldenaar wat betaal het 'n verhaalsreg teen die ander medeskuldenaars verwerf nie. So 'n benadering sou klaarblyklik 'n onhoudbare situasie skep as gevolg van die potensiële veelvuldigheid van aksies. Ek is van mening dat die *skuld* waarvoor die insolvent en die verweerderes gesamentlike aanspreeklikheid aanvaar het die totale bedrag van die onderskeie lenings omvat, gevolglik moet die partye se *pro rata* aanspreeklikheid bepaal word met verwysing na daardie globale bedrag.⁸

[14] My gevolgtrekking is derhalwe dat die besonderhede van vordering nie genoegsame bewerings bevat om 'n gedingsoorsaak gebaseer op die medeskuldverhouding te ondersteun nie.

Mede-eiendom

[15] Die volgende vraag is of die besonderhede soos gepleit wel vatbaar is vir 'n eis gebaseer op mede-eiendom. In hierdie verband steun die eisers op die beginsel dat alle mede-eienaars verplig is om proporsioneel tot noodsaaklike uitgawes ter behoud van die eiendom by te dra.⁹

⁸ Vgl *ASA Investments v Smit*, *supra*, op 903B-C.

⁹ CG van der Merwe *Sakereg* 2de uitg (1989) p 384. Sien ook *Things 27 Laws* 1st reissue para 411.

[16] Op die veronderstelling dat paaiemente op lenings aangegaan wel as 'noodsaaklike uitgawes ter behoud van die eiendom' beskou kan word ('n aspek waaroor dit nie tans nodig is om 'n mening uit te spreek nie), gaan hierdie gedeelte van die eis om dieselfde redes mank aan die nodige bewerings, aangesien dit nie beweer word dat die insolvent meer as sy proporsionele gedeelte van die uitgawes betaal het.

[17] Dit volg dus, volgens my oordeel, dat die hoofeis soos tans gepleit nie 'n gedingsoorsaak openbaar nie.

Eerste alternatiewe eis

[18] In die *eerste alternatiewe eis* word die bogenoemde feitebewerings aangaande die lenings, verbande en betalings herhaal en by hierdie eis ingelyf, waarna die volgende gepleit word:

- '14. Ten einde te verhoed dat die eiendom ingevolge die bepalinge van die gemelde geldleningsooreenkomste en verbande uitgewin word, het die insolvent gedurende die periode Augustus 2004 tot Augustus 2009 die bedrag van [R3.3 m] aan Nedbank betaal, welke bedrag gesamentlik en afsonderlik deur die insolvent en die verweerderes verskuldig was aan Nedbank en versekureer was deur die gemelde verbande wat oor die eiendom geregistreer was.
15. In die proses het die insolvent die belange van die verweerderes behartig deurdat hy die bedrag van [R1.65 m] wat die verweerderes *pro rata* ingevolge die leningsooreenkomste gesluit met Nedbank aan hulle verskuldig was, betaal het.
16. In die vooropstelling was die verweerderes ten koste van die insolvent verryk en was die insolvent dienoooreenkomstig verarm in die bedrag van [R1.65 m].'

[19] Insoverre hierdie eis op verryking berus, is dit namens die eisers duidelik gemaak dat daar nie op die *condictio indebiti* (of enige ander *condictio*) gesteun word nie, maar wel op die beginsels van *negotiorum gestio* (of saakwaarneming). Dit is egter belangrik om in gedagte te hou, soos Van Zyl¹⁰ tereg aantoon, dat elke saakwaarnemingsaksie nie outomaties 'n verrykingsaksie is nie: uit die gesag blyk dit naamlik dat saakwaarneming slegs in sekere eng omskrewe omstandighede verrykingsaanspreeklikheid tot gevolg het.¹¹

[20] Gelukkig is dit nie vir my nodig om vir huidige doeleindes in diepte op die groot volume geleerdheid oor hierdie interessante onderwerp in te gaan nie. Volgens my oordeel kan die huidige saak beslis word op die basis dat die eisers se verrykingseis regtens onbestaanbaar is, aangesien een van die essensiële vereistes vir 'n verrykingsaksie ontbreek, naamlik die vereiste dat die verryking ongeregverdig of *sine causa* moet wees.¹²

[21] Die probleem met die eisers se eis soos tans geformuleer is dat enige verryking aan die kant van die verweerderes nie ongeregverdig of *sine causa* kan wees nie, aangesien sy en die insolvent in 'n konraktele verhouding tot mekaar gestaan het as medeskuldenaars. Soos hierbo aangetoon, het die insolvent in beginsel wel 'n verhaalsreg teenoor die verweerderes (as medeskuldenaar *in solidum*) vir betalings deur hom

¹⁰ DH van Zyl *Die Saakwaarnemingsaksie as Verrykingsaksie in die SA Reg* (Proefskrif, Leiden 1970) p 147 ev.

¹¹ Sien ook, deur dieselfde skrywer, *Negotiorum Gestio in South African Law* (Butterworths 1985) pp 86 ev; *Enrichment 9 Laws* 2ed para 223; *Mandate and Negotiorum Gestio 17 Laws* 2ed para 35-39; Daniel Visser *Unjustified Enrichment* pp 565-590; *Odendaal v Van Oudtshoorn* 1968 (3) SA 433 (T) te 438; *Absa Bank Ltd t/a Bankfin v Stander t/a CAW Paneelkloppers* 1998 (1) SA 939 (C) te 944J-956H. Sien ook LTC Harms *Amler's Precedents of Pleadings* 7de uitg op 298.

¹² Sien by *Enrichment 9 Laws* 2ed para 209 en die gesag aangehaal in n 36.

gemaak namens albei van hulle. Dit volg dat daar nie in hierdie omstandighede sprake kan wees van verrykingsaanpreeklikheid nie. Die insolvent se remedie (indien enige) moet derhalwe in die kontraktuele verhouding tussen die partye gesoek word.

[22] Dit volg derhalwe dat die bewerings in paragrawe 14-16 van die besonderhede van vordering insgelyks nie 'n gedingsoorsaak openbaar nie.

Tweede alternatiewe eis

[23] Ter ondersteuning van die tweede alternatiewe eis beweer die eisers dat die betrokke betalings deur die insolvent aan Nedbank 'vervreemding van goed van die insolvent' is, soos bedoel in art 26 van die Insolvensiewet, 24 van 1936. Hulle pleit dan verder:

- '19. Vyftig present van die betrokke betalings (vervreemdings) was gemaak tot voordeel van die verweerderes deurdat die insolvent die verweerderes se *pro rata* gedeelte van die gesamentlike skuld wat die insolvent en die verweerderes aan Nedbank Bpk verskuldig was, betaal het sonder dat die insolvent teenwaarde daarvoor vanaf die verweerderes ontvang het.
20. Die bedrag van ongeveer R1 076 897.41 wat aldus betaal is en wat deel is van die gemelde *pro rata* gedeelte van die betrokke gesamentlike skuld wat die verweerderes aan Nedbank verskuldig was, was betaal meer as twee jaar voordat die boedel van die insolvent gesekwestreer is.
21. Onmiddellik nadat die bedrag in paragraaf 20 gemeld betaal was, het die insolvent se laste sy bates oorskry.

22. Die bedrag van R579 867.84 wat aldus betaal is en wat deel is van die gemelde *pro rata* gedeelte van die betrokke gesamentlike skuld wat die verweerderes aan Nedbank verskuldig was, was betaal binne twee jaar voor die sekwestrasie van die boedel van die insolvent.
23. Gevolglik behoort die vervreemding of vervreemdings *vis-à-vis* die insolvent en die verweerderes ingevolge die bepalinge van art 26 van die Insolvensiewet, 24 van 1936, deur die Hof tot niet gemaak te word.’

[24] Ingevolge die bepalings van art 26 is die hof by magte om ‘elke vervreemding van goed sonder teenwaarde’ tot niet te maak waar sodanige vervreemding in insolvente omstandighede gemaak is (om die ietwat omslagtige bewoording van die artikel te parafraseer). Hierdie been van die eis is gebaseer op die foutiewe veronderstelling dat die vervreemdings tersyde gestel kan word indien die insolvent geen teenwaarde ontvang het *van die verweerderes* vir die betalings wat hy aan Nedbank gemaak het ten opsigte van haar *pro rata* gedeelte van die skuld nie. Die ware posisie, volgens my oordeel, is dat die waarde nie vanaf die verweerderes afkomstig hoef te wees nie; die hof kyk objektief na die vraag of die insolvent wel enige waarde in ruil vir die vervreemding ontvang het, afgesien vanwaar dit afkomstig was.¹³

[25] In die huidige saak het die insolvent sekere betalings aan Nedbank gemaak uit hoofde van sy eie bestaande kontraktuele verpligting teenoor die bank. Deur sodanige betalings is die insolvent se *eie* skuld teenoor die bank *pro tanto* verminder, met die gevolg dat hy klaarblyklik waarde vir die vervreemding ontvang het.

¹³ Sien bv Bertelsmann *et al*, *Mars – The Law of Insolvency in South Africa* 9ed para 13.4, 13.6; Catherine Smith *The Law of Insolvency* 3de uitg p 123.

[26] Bindende gesag vir hierdie benadering is te vind in die uitspraak van die Appèlhof in *Estate Jager v Whittaker & another*,¹⁴ waar die toepaslike beginsel soos volg opgesom is:

‘The words “disposition not made for value” mean, in their ordinary signification, a disposition for which no benefit or value is or has been received or promised as a *quid pro quo*. . . . If a lawful obligation to pay the money in fact exists, then the obvious benefit which the payer receives in return for such payment is a discharge from his liability to pay. Such a payment decreased his assets, but at the same time it diminishes his liabilities, and in transactions which are entered into in the ordinary course of business such a discharge from a liability would be value for the payment made.’

[27] Presies dieselfde oorwegings geld hier, met die gevolg dat die besonderhede van vordering ten opsigte van hierdie eis insgelyks nie ’n gedingsoorsaak daarstel nie.

Gevolgtrekking

[28] Weens die bostaande redes is ek derhalwe van mening dat geeneen van die eisers se eise, soos tans geformuleer, ’n afdwingbare skuldoorsaak teen die verweerderes daarstel nie. Dit volg derhalwe dat paragrawe 11-23 van die eisers se gewysigde besonderhede van vordering deurgehaal behoort te word. Dit volg verder dat die verweerderes wesenlik suksesvol was in haar regsargumente en dat sy gevolglik op haar koste van die argument geregtig is, asof ’n suksesvolle eksepsie aangeteken was.

¹⁴ 1944 AD 246 te 250-251.

[29] Namens die eisers is ek egter versoek om die verweerderes te gelas om die eisers se verspilde koste te betaal wat teweeggebring is deur die feit dat hulle verplig was om voor te berei vir die verhoor wat op 29 Julie 2013 sou begin, maar wat nie voortgegaan het nie omdat die partye ooreengekom het om die regspunte te argumenteer. Namens die verweerderes is egter aangevoer dat die eisers vir geruime tyd voor die verhoor reeds bewus was van die verweerderes se voorneme om aansoek te doen om wysiging van haar pleit ten einde die bogenoemde regspunte te opper en dat die eisers derhalwe op hul eie risiko voorberei het vir die verhoor. Volgens my oordeel behoort elk van die partye in die omstandighede verantwoordelik te wees vir enige verspilde voorbereidingskoste ten opsigte van die verhoor wat nie voortgegaan het nie.

Gevolgtrekking

[30] In die omstandighede word dit soos volg beveel:

1. **Paragrafe 11–23 van die eisers se gewysigde besonderhede van vordering word deurgehaal.**
2. **Verlof word aan die eisers verleen, indien aldus geadviseer, om binne 15 dae vanaf datum van hierdie uitspraak aansoek te doen om hul besonderhede van vordering te wysig.**
3. **Die eisers word gelas om die verweerderes se gedingskoste meegebring deur die argument te betaal.**

4. Elke party sal aanspreeklik wees vir sy of haar eie verspilde koste meegebring deur voorbereiding vir die verhoor van die aksie op 29 Julie 2013, indien enige.

B M GRIESEL
Regter